I.

Rechtsphilosophie.

1. Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhange über Kant und Nietzsche. Von Hans Vaihinger. Zweite durchgesehene Auflage. 804 S. Berlin 1913, Reuther & Reichard.

Die neue Erkenntnislehre, welche in diesem Buche niedergelegt und durch alle Gebiete menschlichen Denkens und Handelns in überaus anregender Weise mit staunenswerter Gelehrsamkeit, wahrhaft polyhistorisch durchgeführt ist, beruht auf dem Gedanken, daß unser Denken berechtigt und genötigt ist, gegenüber der vollen Wirklichkeit in weitem Umfange mit bewußt falschen (bzw. unvollständigen) Annahmen zu operieren, d. h. zu Fiktionen oder „Als ob"-Ausnahmen (per inde ac, ac si, si esset usw.) seine Zuflucht zu nehmen, wie dies denn auch tatsächlich viel mehr der Fall ist, als man es je bei allem Methodenstreit bisher beachtet hat. Der Versuch, den Ausführungen des Verfassers, in welchen die wiedergegebene These nachgewiesen wird, im einzelnen zu folgen, würde wiederum ein selbständiges Buch erfordern. Die gegenwärtige Besprechung soll sich deswegen zunächst vorwiegend auf die Erörterung der Frage beschränken, ob und wie weit der Verfasser gerade was die Rechtswissenschaft angeht, das Richtige trifft. Ehe aber das hiermit bezeichnete Hauptthema dieser Besprechung in Angriff genommen wird, muß es gesagt werden, daß wir es bei dem Buche Vaihingers mit einem Werk zu tun haben, an dem niemand vorübergehen kann und darf, der sich überhaupt wissenschaftlich beschäftigt, ja noch mehr: dieses Werk gehört zu denen, die nicht nur benutzt und zitiert, sondern auch gelesen und studiert zu werden verdienen. Und das will bei einem Buche, das über 800 Seiten stark ist, viel sagen. Es fließt hier eine in unge-

ahntem Maße reiche Quelle der Anregung. Die interessantesten geistigen Zusammenhänge erscheinen in neuem eigentümlichen Lichte. Wie der Inhalt des Buches selbst, so interessiert auch in höchstem Maße seine Entstehungsgeschichte. Sie ist zugleich die Lebensgeschichte seines bedeutenden Verfassers, von einer besonderen Seite her gesehen. Was dieser hier selbst in der Vorrede zur zweiten Auflage mitteilt — in der ersten Auflage hatte er sich aus einem bestimmten Grunde zunächst nur als Herausgeber bezeichnet — findet eine wichtige Ergänzung durch die in den Kant-Studien XVI (1911) S. 108—115 erfolgte Selbstanzeige. Die durch die Philosophie des „Als ob" gezeitigte abgeleitete Literatur[1]) ist S. VI und VII der Vorrede angeführt. Hinzuzufügen ist für die Jurisprudenz unter anderem der Aufsatz von Mannheim, die Philosophie des „Als ob" und ihre Bedeutung für das Strafrecht, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 11. Jahrgang. Die grundlegendste Einteilung der Fiktion findet Vaihinger zutreffend darin, daß es echte und Semifiktionen gibt. Während die ersteren einen Widerspruch in sich selbst enthalten, den man aus praktischen Gründen zunächst begeht, um ihn nachher wieder zu beseitigen, wird bei den letzteren lediglich von der Wirklichkeit abgewichen. Die sog. juristischen Fiktionen, wie sie die Rechtsgeschichte und auch die heutige Gesetzgebung in großer Anzahl aufweist, gehören fast durchgängig zu den Semifiktionen. Eine kritische Stellungnahme vom Standpunkte der systematischen Rechtswissenschaft würde den in Vaihingers Werk sich verschiedentlich findenden Bemerkungen über juristische Fiktionen insofern nicht eigentlich gerecht werden können, als Vaihinger eine Untersuchung nach dieser Richtung hin kaum anstellt.

Wir geben daher im folgenden eine kurze Skizze, in der wir die eigene Anschauung darzulegen versuchen. In diese Dar-

[1]) Zum Studium dieser Literatur hat der Referent leider keine Zeit gefunden.

legung soll das Urteil über die Bemerkungen Vaihingers miteingeflochten werden.

Die juristischen Fiktionen beruhen geschichtlich meist darauf, daß man die Entscheidung für einen bisher traditionell nicht ausdrücklich geregelten Fall von anderen Fällen hernimmt, deren wesentliche Merkmale sich mit dem des neuen Falles decken. Das für unwesentlich gehaltene des neuen Falles wird wegfingiert. Fehlendes Wesentliches wird hinzufingiert. Tiefer gesehen, liegt hier ein dem Menschen angeborenes Bestreben zugrunde, das Neue auf Altes zu bauen, dies aber so, daß man das Neue nicht offen einzuführen wagt, sondern es als schon Bestehendes erscheinen lassen möchte. Tatsächlich kann man auf diese Weise ganz neuen Bildungen Eingang verschaffen, indem man nur in einem formalen Sinne konservativ ist. Wissenschaftlich wird ein entsprechendes Verfahren unter Weglassung der fingierenden Form als Analogie geübt. Es beruht auf Vergleichung des zu beurteilenden Tatbestandes mit einem anderen, für den man die Entscheidung bereits kennt. Diese Vergleichung ergibt, daß auf beide Tatbestände ein oberes Kriterium zutrifft, welches man bewußt oder unbewußt für wesentlich erklärt. Soll dieses Verfahren Anwendung schon bestehenden Rechts sein, so beruht es auf der Voraussetzung, daß jenes Kriterium einen Obersatz bedeutet, der dem geltenden Rechte angehört, wenn er auch nicht dem unmittelbaren Inhalt des formulierten Gesetzesworts entspricht. Das wird der Referent anderen Orts näher auszuführen und zu begründen versuchen. Auch Vaihinger weist auf die „Verwandtschaft" von Fiktion und Analogie gelegentlich hin.[2]) Die große geschichtliche Rolle, welche die Fiktionen in der Rechtsentwickelung besonders bei

[2]) Sehr interessant ist auch die Darlegung über die logische Verwandtschaft mathematischer und juristischer Arbeitsweise, welche nach V. den Logikern bisher meist entgangen ist, soweit sie nicht (wie Aristoteles und Baco) genügende universalistische Schulung und Kenntnis einzelwissenschaftlicher Methode besassen. Cf. S. 46 ff., 76 ff.

den Römern und in England gespielt haben, wird von Vaihinger im allgemeinen recht zutreffend gewürdigt. Er legt großen Wert auf die Bezeichnung ‚actio utilis‘. Die Fiktion bestehe eben in einer Abweichung von der Wahrheit um der Nützlichkeit willen. Auch auf die (freilich wohl erst Justinianische) Schematisierung der klassischen ‚variae causarum figurae‘ als Quasikontrakte und Quasidelikte macht Vaihinger aufmerksam. Die berühmte ‚fictio legis Corneliae‘ und manches andere findet Erwähnung. Ergänzend ist die besonders interessante Fiktion der Geisteskrankheit des lieblosen Testators hinzuzufügen. Sachlich bedeutet sie nichts anderes als die Einführung eines sogen. materiellen Noterbrechts. Der übergangene Abkömmling hat die „querela inofficiosi testamenti“, mit welcher er die Nichtigkeit der Enterbung auf Grund des „color insaniae“ geltend macht. Erwähnt sei ferner der Satz ‚confessus pro iudicato est‘. Er wird bekanntlich in dem Institut der ‚in iure cessio‘ benutzt. Jemand wird zu Unrecht beklagt. Er räumt ein. Dann ist der Kläger im Effekt Berechtigter. Eine besondere Anwendung findet sich, wie man weiß (nicht nur bei den Römern) im Freiheitsprozeß. Die Freilassung des Sklaven wird dadurch vollzogen, daß seine Freiheit seitens eines ‚vindex‘ behauptet und von der Gegenseite zugegeben wird. Auch mag bei dieser Gelegenheit aus dem Recht der Schuldverhältnisse die Gleichstellung der ‚compensatio‘ mit der ‚solutio‘[3]) nicht unerwähnt bleiben; sodann aber gehört in dieses Kapitel vor allem die acceptilatio in ihrer Funktion als Erlaßvertrag. Man hat deswegen die Akzeptilation nicht unpassend geradezu

[3]) Cf fr. 4 D. qui pot. in pign. 20, 4 . . . creditumque pensaverit cum pretio rei venditae dicendum est perinde haberi debere, ac si priori creditori pecunia soluta esset: nec enim interesse, solverit an pensaverit: cet. Die Gleichstellung mit dem ‚solutam esse pecuniam‘ braucht der Jurist hier wegen der Formel der actio hypothecaria, die ja bekanntlich sagt: ‚eamque pecuniam neque solutam esse neque eo nomine satisfactum‘. Vgl. ferner Noodt ad tit. D. de compens. 16, 2 — opera tom. II — „mutua solutio iuris interpretatione quasi per brevem manum facta“.

als ‚velut imaginaria solutio' charakterisiert (Gaius III 169). Wurde ursprünglich im Falle reeller Zahlung auf die Frage des Stipulationsschuldners ‚habesne acceptum' ‚acceptum habeo' geantwortet, weil die bloße Tatsache der Zahlung mangels eines contrarius actus nicht ausreichte, um das Schuldverhältnis zu einem ‚ipso-iure'-Erlöschen zu bringen, so wurde später, auch wenn nicht gezahlt war, mittels der Akzeptilationsstipulation so getan, als ob gezahlt wäre, wenn man das Schuldverhältnis ohne Zahlung zum Untergang bringen wollte. Liegt so in der Tat geschichtlich auf dem Wege zur Rechtsfolge die Fiktion, so liegt auf dem Wege zur Fiktion die Vermutung, welche oft die Tendenz haben wird, in eine „Fiktion" überzugehen. Dies äußert sich nicht selten in der Form der sogen. praesumtio iuris et de iure. Von der einfachen Vermutung, die durch die Lebensverhältnisse gegeben ist und an welche das Recht anknüpft (sogen. praesumtio facti) bis zu der speziellen gesetzlichen Vermutung (praesumtio iuris) gelangen wir zur „Fiktion". So ist es bekannt, daß das gesetzliche Pfandrecht an den Invekten und Illaten des Mieters oder Pächters von praedia urbana, das sich offenbar so gebildet hat, daß in der Regel das Eingebrachte dem Vermieter oder Verpächter vertraglich verpfändet wurde, bis man diesen Vertrag vermutete und schließlich fingierte, von den Römern ausdrücklich auf eine ‚tacita conventio' zurückgeführt wird. Und es hat sich noch in den Digesten Justinians als Überschrift des entsprechenden Titels XX, 2 der Satz erhalten: „In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur." Bei Neratius, libro primo membranarum heißt es ferner ganz charakteristisch: ‚Eo iure utimur ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur' (fr. 4 pr. h. t.).

Ebenso bei Ulpian, libro septuagesimo tertio ad edictum: . . . . . ‚in praediis urbanis tacite solet conventum accipi,

ut perinde teneantur invecta et illata ac si specialiter convenisset'.

Höchst interessant ist es, daß sich in diesen beiden Stellen die Fiktion einer tacita conventio bereits zur regulativen Idee verflüchtigt hat.[4]) Es wird der Tatbestand der Einbringung nicht als eine vertragliche Verpfändung aufgefaßt. Man versucht nicht mehr, die Rechtsfolge der Pfandhaftung aus dem Parteiwillen mit aller Gewalt herauszuholen. Man enthält sich der Fiktion stillschweigender Vereinbarung. Es wird eben eine Rechtsfolge konstatiert. Der konstitutive Charakter eines mindestens implicite erklärten Einverständnisses über den Verpfändungserfolg ist entschwunden; von der Hilfe eines auf den Rechtserfolg zielenden, in der Empirie wirklichen Parteiaktes hat man sich emanzipiert; nur als in Wirklichkeit nicht erklärter, aber die Beurteilung der Rechtsfolge erleichternder Maßstab ist der Parteiwille stehen geblieben. Verallgemeinert man diese Betrachtung, so wird man zu der normenwissenschaftlich allein haltbaren Auffassung des Verhältnisses von Parteiakt und Rechtsfolge geführt. Der Parteiakt wird in die ihm gebührende Stellung herabdrückt. Nicht er, sondern die ihm vom Gesetz beigelegte Bedeutung ist die Ursache für die Rechtsfolge, als deren bloße Bedingung (condicio iuris) der Parteiakt nach dem Gesetze erscheint.[5])

---

[4]) Ähnlich fassen Rousseau und später Kant den „contrat social" auf, worüber in neuerer Zeit besonders Del Vecchio gehandelt hat. Die Menschen sollen in ihrer Verbundenheit sich so gegeneinander verhalten, als hätten sie einen Vertrag geschlossen. Über die „Fiktion" des ursprünglichen Vertrags findet sich bei Vaihinger manches Lehrreiche, was dort nachgelesen werden mag. Ferner ist hier noch zu erwähnen der Fiktionsgedanke bei der Litiskontestation, dessen Geschichte jetzt von R. Sohm junior in geistreicher Weise verfolgt wird. Indes deutet iudicio contrahere so wenig auf einen Vertrag hin wie delictum contrahere. Contrahere heißt vielmehr nur: eine obligatorische Wirkung auslösen.

[5]) Dies ist neben manchem anderen dem Versuch von Reinach, die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts (Jahrb. f. philos. und phäno-

Ein interessantes Beispiel dafür, wie der römische Jurist, um eine schwierige Situation zu erklären, zunächst in scharfsinniger Weise zur Fiktion greift, um diese Fiktion dann sofort zu überwinden, bildet fr. 36 D de fideiussoribus et mandatoribus 46, 1. Der hier von Paulus behandelte Tatbestand ist folgender: Einer von mehreren Mitbürgen leistet dem Gläubiger Zahlung und dieser tritt ihm die Klagen gegen den Hauptschuldner und die übrigen Bürgen ab. Es erhebt sich die Schwierigkeit: Wie können die Klagen abgetreten werden, da doch Hauptschuldner und Mitbürgen durch die Befriedigung[6]) des Gläubigers befreit werden? Diese Schwierigkeit wird durch die Annahme beseitigt, daß hier gewissermaßen ein Verkauf der Klagen stattfinde, wobei die Schuldsumme lediglich als Kaufpreis figuriert. Dann aber fährt der Jurist fort: ‚et ideo habet actiones quia tenetur ad id ipsum ut praestet actiones.' Der oberflächliche Betrachter wird hier sofort geneigt sein, in diesen Worten eine petitio principii zu erblicken und Justinian hierfür verantwortlich zu machen. Scheint es doch als ob der selbstverständliche Gedanke, von dem die Stelle ausgeht, daß von der Existenz der Klagen ihre Abtretbarkeit abhängt, hier plötzlich in sein gerades Gegenteil verkehrt würde. Indes glaube ich, daß gerade dieser letzte Satz der Stelle weit entfernt davon ist, gegen die Gesetze der Logik zu verstoßen. Vielmehr weist er eine Betrachtungsart auf, die unserer modernen Erkenntnis entspricht und die dem Scharfsinn des Paulus alle Ehre macht. Wenn die Rechtsordnung die Abtretung der Klagen verlangt, so erkennt man hieraus, daß der Abtretungspflichtige trotz des entgegengesetzten Scheins die Klagen (sc. zum Zwecke der Abtretung) in Wirklichkeit noch hat. Das Dogma von der

menologische Forschung, Bd. I. Halle a. d. Saale 1913) entgegenzuhalten. Reinach will — unbeschadet der Bestimmungen des positiven Rechts — gewisse grundlegende Rechtsfolgen mit apriorischer Gewißheit aus der Natur der sozialen Akte ableiten, die den jeweiligen Tatbestand konstituieren.

[6]) Der Jurist sagt ‚perceptio' statt ‚solutio', was Levy m. E. zu Unrecht für ein Interpolationsindiz erklärt.

Liberation der mehreren Schuldner greift eben der neueren Rechtsentwickelung zufolge nicht mehr durch. Diese Erkenntnis bringt Paulus im letzten Satze der Stelle in prägnanter Weise zum Ausdruck. Er führt damit den Grundgedanken der römischen Juristen zum Siege: ‚non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat' (fr. I D. 50, 17). Hat doch Paulus im sechzehnten Buch seiner ad Plautium l. XVIII diese methodische Grundregel in der obigen Formulierung selber ausgesprochen. Auch hier zeigt sich also Paulus durchaus als „ein feiner logischer, zuweilen überlogischer Denker".[7]) Gerade der neuerdings allgemein beanstandete „et ideo"-Satz liefert eine interessante Bestätigung und Rechtfertigung dieses Urteils. Wer gegen den „et ideo"-Satz, wie er hier erklärt wurde, weiterhin disputieren wollte, würde den Vorwurf zweier methodischer Vergehen auf sich nehmen müssen, nämlich den der Verwechselung von Real- und Erkenntnisgrund sowie von synthetischen und analytischem Urteil. Realgrund für die Existenz bzw. Aufrechterhaltung der Klagen ist lediglich der objektive Rechtswille, das objektive Recht. Der Rechtswille, der die Abtretung der Klagen verlangt, wird, so können wir annehmen, zur Voraussetzung haben, daß der Abtretende die Klagen hat.[8]) Wir erkennen also aus dem Abtretungsverlangen, daß die Klagen bestehen geblieben sind. Ein solches Bestehenbleiben ist logisch möglich, da der Satz, daß Forderungen bzw. Klagrechte wegen Forderungen durch Erfüllung erlöschen,[9]) lediglich auf Rechtsgebot beruht, also ein synthetisches, nicht aber ein aus dem Begriff der Forderung zu folgerndes analytisches Urteil ist. So

[7]) Kipp, Geschichte der Quellen des römischen Rechts. 3. Aufl. 1909 S. 138.

[8]) Ebenso setzt ja im heutigen deutschen Recht der von Gesetzes wegen eintretende Übergang der Forderung voraus, daß sie bestehen bleibt. Daß § 362 BGB. viel zu allgemein gefaßt ist, bemerkt auch von Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse, IheringsJ. Bd. 64 S. 363.

[9]) Gerade im römischen Recht galt ja mit Rücksicht auf gewisse Vorschriften des strengen Rechts (contrarius actus!) dieser Satz nur in beschränktem Umfange.

bedarf es denn der hilfsweise zunächst eingesetzten Fiktion einer, ‚quodammodo venditio' in Wahrheit gar nicht. Sie dient dem Juristen nur als ein konstruktives Hilfsmittel, das er einen Augenblick in Erwägung zieht, um dann im Schlußsatz der Stelle sofort zu der richtigen Erkenntnis vorzudringen, daß systematische Rechtswissenschaft die Fiktion gar nicht benötigt. So zeigt sich, daß die Fiktion ein Weg ist, dessen Bedeutung in der systematischen Rechtswissenschaft im umgekehrten Verhältnis zu seiner historischen und psychologischen Rolle steht.[10])

Für den Text des Gesetzes hat die Fiktion den Wert einer Formulierung, durch welche sprachliche Schwierigkeiten und langatmige Wiederholungen erspart bleiben. Wir haben es also mit einer Breviloquenz zu tun. Die fingierende Formulierung gibt dabei nicht immer das Kriterium wieder, welches für die gesetzgeberische Regelung entscheidend ist. Die „Fiktionsbasis"[11]) ist dann lediglich aus Gründen jener Breviloquenz gewählt. Ist beim Ausbleiben des Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung, falls der Kläger Versäumnisurteil beantragt, das tatsächliche Vorbringen des Klägers „als zugestanden anzunehmen" (§ 331 Abs. 1 ZPO.), so liegt dem Gesetzgeber und der Rechtswissenschaft von heute der Gedanke völlig fern, an eine innerliche Verbindung von Nichterscheinen und Zugestehen zu glauben, in der Art, daß der Nichterscheinende vermutlich zugestehe.[12]) Das Gesetz will vielmehr lediglich, daß die Rechtsverfolgung möglichst unabhängig von dem guten Willen des Gegners sei. Es wird deshalb vermittelst jener fingierenden

---

[10]) Von demselben Gesichtspunkt ausgehend, würdigt Bernhöft (zur Lehre von den Fiktionen 1907 S.-A. aus der E. J. Bekker zum 16. August 1907 gewidmeten Festschrift) eine große Reihe von Tatbeständen des deutschen bürgerlichen Rechts. Grundsätzliches bei Bernhöft S. 7.

[11]) Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. II S. 100.

[12]) Ähnliches läßt sich z. B. bei § 295 ZPO. ausführen. Zu erwähnen sind ferner die Fälle „fingierter" Zustellungen (§§ 175 ff. ZPO.): durch Aufgabe zur Post; (§§ 204 ff. ZPO.): öffentliche Zustellung. Es sind Fälle, in denen das Gesetz von der Zustellung absieht und die sonst von der Zustellung abhängige Rechtsfolge durch andere Akte bedingt sein läßt.

Formulierung verordnet, der ordnungsmäßig geladene Beklagte solle im Falle seines Nichterscheinens durch sog. Versäumnisurteil verurteilt werden, wenn die vom Kläger vorgetragenen Tatsachen eine genügende juristische Grundlage für die aufgestellte Rechtsbehauptung bilden. Hierbei werden aber die zu „unterstellenden" Tatsachen nicht fingiert. Vielmehr soll die Frage, ob diese Tatsachen wirklich gegeben sind, gänzlich unentschieden bleiben. Es soll nur darauf ankommen, ob die Klage in sich „schlüssig", d. h. ohne logischen Widerspruch und rechtlich irrtumsfrei begründet ist.

Die Beispiele für derart bloß sprachliche Fiktionen im Gesetzeswort ließen sich häufen. „Gilt" nach § 892 BGB. der Inhalt des Grundbuchs zugunsten des redlichen Erwerbers „als richtig", so wird damit nur die Rechtsfolge angeordnet, daß unter gewissen Bedingungen ein Erwerb von Grundstücksrechten auf Grund einer Verfügung des Scheinberechtigten stattfinden soll. Das Rechtsgesetz braucht nicht zu fingieren. Es kann dekretieren.[13]) Vaihinger scheidet nicht genügend die Bedeutung, welche die Fiktion für die Römer mit ihrem begrenzten Klagenschematismus hatte von derjenigen, die ihr in unserem modernen Gesetzessystem zukommt. Dieses erheischt die Fiktion keineswegs so notwendig wie der Gelehrte glaubt. So war es nicht glücklich, wenn sich Vaihinger (sein Werk ist ja im wesentlichen vor 40 Jahren abgefaßt gewesen) auf den Art. 377 des alten Handelsgesetzbuchs berief. Denn hier liegt eben wieder nur jene Breviloquenz vor, welche soeben erläutert wurde.[14])

---

[13]) Bernhöft, a. a. O. (S. 7); Pagel, Beiträge zur philos. Rechtslehre, Berlin 1914, S. 39—41. Vgl. auch Mannheim, in dem eingangs zitierten Aufsatz. S. a. Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft S. 328 ff., bes. S. 331; Bülow, Arch. f. die zivilist. Praxis, Bd. 62 S. 69; Beling, DJZ. 1915 S. 129 ff. (handelt von der sog. Exterritorialitätsfiktion).

[14]) Andere Beispiele dieser Art: § 21 Abs. 1 WO., § 5 des Gesetzes über die Abzahlungsgeschäfte, §§ 84, 162, 1319, 1717, 1949 Abs. 2, 1953 Abs. 1 BGB. usw. Es bedarf keiner Erwähnung, daß es etwas anderes ist, „Vater" im Rechtssinne zu sein als im biologischen Sinne. Ebenso gehören im Wasserrecht zu den „Fischen" auch gewisse Säugetiere. Mobilien (z. B. Schiffe) werden

Ferner darf es, wie ich in meinen „Beiträgen zur Philosophischen Rechtslehre“[15]) bemerkt habe, nicht als Fiktion in Anspruch genommen werden, wenn im Gesetz auf einen Zustand abgestellt ist, der unter bestimmten Bedingungen vorhanden gewesen sein würde. So ist eine Willenserklärung nach § 119 I BGB. wegen Irrtums u. a. nur dann anfechtbar, wenn anzunehmen ist, daß der Erklärende sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Hierher gehört ferner z. B. die Rücksichtnahme auf den mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn bei der sog. negotiorum gestio, der Geschäftsführung ohne Auftrag (vgl. § 677 i. f. BGB.). In allen diesen Fällen kommt es auf das Urteil über das Ergebnis einer verständigen Würdigung seitens des Erklärenden, über den mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn usw. an. Eine Fiktion verständiger Würdigung, des mutmaßlichen Willens usw. findet nicht statt. Das Gesetz schreibt eine solche Fiktion nur in dem Sinne vor, daß der Beurteiler sich ein Urteil über einen mutmaßlichen Zustand zu bilden hat. Ähnlich liegt es, wenn das Gesetz die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ als Norm hinstellt, wozu Danz noch den „verständigen Normalmenschen“[16]) hinzugefügt hat.

Aus dem Gebiete des materiellen Justizrechts bieten die Lehre von der Vermutung und von der sog. „materiellen Rechtskraft“ gute Beispiele, an denen sich zeigen läßt, wie die syste-

in gewissen Beziehungen als Immobilien behandelt. Das sind keine Fiktionen, sondern überall nur analogisierende Breviloquenzen. Es werden bestimmte Rechtssätze von einem ausdrücklich geregelten Tatbestande auf andere Tatbestände übertragen. Vgl. auch Müller-Erzbach, Über die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes in IheringsJ. 1912 S. 342 ff., vgl. S. 366 ff. S. ferner jetzt Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 199 ff., 202.

[15]) S. 40.

[16]) Die Danzsche Lehre geht m. E. zu weit. Mehr als eine praesumtio facti kann der Gemeingebrauch nicht schaffen. Eine objektive „Bedeutung“ im Danzschen Sinne (vgl. dessen Ausführungen in der DJZ. 1914, S. 841 ff.) mag es geben. Aber das darf nicht zur Vergewaltigung individueller Verhältnisse und zu einem unerträglichen Formalismus führen.

matische Rechtswissenschaft ein „Als ob" aufzufassen hat. Kraft der Vermutung verlangt das Gesetz vom Richter, daß er eine Entscheidung auf eine bestimmte Tatsache gründen solle, ohne zu untersuchen, ob diese Tatsache sich wirklich ereignet hat, vorausgesetzt, daß ein Streitteil nicht den Beweis des Gegenteils führt. „Materielle Rechtskraft" bedeutet, daß unter bestimmten Bedingungen nicht anders geurteilt werden darf, als es ohne Widerspruch mit dem Inhalt einer früheren Entscheidung möglich ist.[17]) Wird dieser rechtliche Imperativ in concreto dolos und materiell rechtswidrig herbeigeführt, so „gilt er als nicht eingetreten". D. h. die materielle Rechtskraft eines formell rechtskräftigen Richterspruchs bleibt aus.[18])

Endlich mag bei dieser Gelegenheit noch auf einige interessante Typen aus dem Bereich der Naturalobligationen hingewiesen sein, bei denen man an Fiktionen denken könnte. Das Verlöbnis verpflichtet (wie ich glaube) nicht zur Eingehung der Ehe, wohl aber zur Beobachtung eines Verhaltens, welches voraussetzt, daß die Parteien die Ehe miteinander eingehen wollen. Es ist alles so zu halten, als ob die Parteien die Ehe miteinander eingehen werden, auch wenn dies nachher nicht der Fall ist.[19]) Ferner: ‚Qui sciens indebitum solvit, solutum repetere non potest'. Der Zahlende handelt hier, als ob eine Obligation vorläge, während dies in Wirklichkeit zunächst nicht der Fall ist. Es wird damit m. E. eine Naturalobligation geschaffen und gleichzeitig erfüllt.

Allgemein ist zu sagen: Das spezifisch juristische Moment besteht nicht in etwas Körperweltlichem, sondern in rein normativen Inhalten. Die Realität aller Rechtsinhalte ist die Realität des Gedachten. Diese Erkenntnis gibt der Rechts-

---

[17]) ‚Res iudicata pro veritate accipitur.' Eine andere Formulierung ist bekanntlich: ‚Res iudicata ius facit inter partes.'

[18]) Vgl. Pagel, „Prozessieren wider Treu und Glauben, zugleich ein Beitrag zum Kapitel Schuldnernot und zum Problem der absoluten Rechtskraftwirkung" im „Rechtsgang" Bd. II Heft 2, im bes. S. 208 ff., 211 ff.

[19]) Ähnlich Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht, S. 566.

wissenschaft sicheren Halt. M. a. W.: Die Rechtswissenschaft ist reine Geisteswissenschaft, nicht Naturwissenschaft. Sie ähnelt der Logik und Mathematik. Logik und Rechtswissenschaft sind normative Wissenschaften. Das Wesen dieser sog. praktischen Wissenschaften ist dies, daß sie in reiner Theorie aufgehen. Erst mittelbar finden sie praktische Anwendung, erst mittelbar werden die Gegenstände der sog. Außenwelt in die Betrachtung einbezogen, sofern man eben rechtswissenschaftlich (nicht soziologisch) denkt.[20]) Die Rechtswissenschaft darf alle Probleme naturphilosophischer Art von sich ablehnen. Ja, sie muß dies tun, wenn Irrgänge vermieden werden sollen. Damit ist die Stellung der systematischen Rechtswissenschaft zum Fiktionsproblem gekennzeichnet. Gleichzeitig fällt auf manches Problem, das bisher schier unlösbar schien, neues Licht.

In erster Reihe steht hier der alte Streit um die Realität der Körperschaft. Dieser Streit ist ohne juristischen Ort. Denn die Rechtssubjektivität muß als spezifisch normative Größe erfaßt werden. Sie ist dann nichts weiter als eine formale Bedingung, die durch eine vollständig beinhaltete Rechtsnorm nach der Seite der „aktiven Zuständigkeit" erfordert wird; ihre materiale Ausfüllung erhält diese Bedingung durch die einzelne Norm selbst.[21]) So kann eine körperweltliche Mannigfaltigkeit zur rechtlichen Einheit werden. Damit wird der bereits von Dahn[22]) für ein beschränktes Gebiet ausgesprochene und auf diesem Gebiet von Gareis[23]) folgerichtig durchgeführte Gedanke der relativen juristischen Persönlichkeit zu dem Gedanken von der Relativität der Rechtsfähigkeit überhaupt. Die gesamt-

---

[20]) Die Rechtswissenschaft ist insofern „nomothetisch", nicht „idiographisch" (Windelband). Vgl. aber die geistvolle Darlegung Radbruchs (Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914 S. 204 ff.).

[21]) Vgl. meine Beiträge, Kap. III.

[22]) Handelsrechtliche Vorträge, 1875 S. 73.

[23]) S. dessen Darstellung des Handelsgesellschaftsrechts (in seinem Lehrbuch des Handelsrechts).

händerische Personenmehrheit, das selbständige Sondervermögen, die noch nicht genehmigte Stiftung, der ‚nasciturus', welcher ‚pro iam nato est', sind typische relative Rechtssubjekte. Jedoch auch die scheinbar absoluten Rechtssubjekte sind immer nur unter dem Gesichtspunkt einer bestimmten Rechtsordnung Rechtssubjekte. Und auch diese Formulierung ist noch nicht genau. Über die Rechtsfähigkeit entscheidet die einzelne Rechtsordnung niemals generell. Vielmehr ist, wie angedeutet, die einzelne Norm maßgebend. Das dem Vater herauszugebende Kind, die von einem Dritten nicht zu berührende Ehefrau sind vom Standpunkt des berechtigten Vaters oder Ehemannes, also nach den die fremde Einwirkung verbietenden Normen, Rechtsobjekte. Als aktive Teilnehmer am Rechtsverkehr, also unter dem Gesichtspunkt anderer Normen, sind sie Rechtssubjekte.

Endlich ist es keine Fiktion, wenn ich ähnlich wie Schuppe die Geltung alles Rechts auf ein „Bewußtsein überhaupt" gründe.[24]) Es bedeutet dies nur, daß den Vorgängen des Lebens, soweit wir sie rechtlicher Beurteilung unterziehen, unabweisbar ein Allgemeines innewohnt. Dieses Allgemeine besteht darin, daß der Handelnde die (wenn auch noch so relative) Gleichsetzung eines anderen Wesens mit sich selbst vollzieht. Hierdurch erfährt die formale logisch-ethische Grundregel: du sollst den Gleichen in gleicher Lage gleich behandeln, materiale Ausfüllung. Die positive Gesetzgebung (des Staats usw.) wird von diesem Standpunkt aus zu einer sekundären Rechtsquelle, die vom Bewußtsein mitgewollt ist.

Es bleibt noch die Aufgabe, zu Vaihinger zurückzukehren und die neue Erkenntnistheorie, die uns hier entgegentritt, mit wenigen Strichen zu verfolgen, um dann ganz kurz unsere kritische Stellungnahme hinsichtlich des Erkenntnisproblems zu präzisieren. Es ist eine zweite Revolution der Denkart, der wir gegenüberstehen. Auf Grund der Aufweisung, wie die echte und semifingierende Methode neben Induktion, Deduktion und Hypo-

[24]) S. vorläufig meine Beiträge, Kap. IV u. V.

these tritt, wird der Versuch gemacht, Kant durch immanente Kritik fortzubilden und es wird von hieraus der Weg zu Nietzsche gewiesen. In seiner Lehre von den regulativen Ideen habe Kant selbst der Als Ob-Betrachtung vorgearbeitet. „Ich" und „Ding an sich" seien nur methodische Hilfsbegriffe, Rechnungsansätze, die Kant bei seiner kritischen Selbstbesinnung zum Beweise, daß ein materiales a priori nicht möglich sei, habe einführen müssen. Subjekt und Objekt seien, wie alle Kategorien „analogische Fiktionen", Mittel zur Berechnung der Außenwelt. Die Wirklichkeit werde nicht im Denken, sondern in der Intuition erfaßt. Im Denken zerlegen wir die Wirklichkeit, um sie mittels eines fingierenden Verfahrens verständlich und mitteilbar zu machen. Wenn wir von Ding und Eigenschaft reden, so ist es in Wirklichkeit ein Empfindungskomplex, z. B. Weiß-Süß, zu dessen Mitteilung wir die Empfindung z. B. des Weißen in ein unwirkliches „Ding" (z. B. das Stück Zucker) verlegen, um von diesem die zugehörige Empfindung des Süßen als Eigenschaft prädizieren zu können. Mit Hilfe der Fiktionen vom Ding und Eigenschaft, Ursache und Wirkung, Verhältnis des Ganzen zu seinen Teilen ermöglichen wir uns in dieser Art eine Orientierung, die auf dem Nutzen beruht, den sie uns bietet, ohne auf objektive Gültigkeit (außerhalb unserer eigenen Organisation) Anspruch machen zu können. Es gibt daher nur eine Wahrheit für uns, und diese beruht auf dem Nutzen, auf ihrer Förderlichkeit für die Unterwerfung der Natur unter unsern Lebenszweck. Das Wahre ist das Nützliche, Lebensfördernde, sich Bewährende. Was uns nicht oder nur in geringem Grade fördert, ist Irrtum. Auch der Irrtum ist nötig, insoweit und solange er uns fördert. Das weniger Zweckentsprechende muß dem Zweckentsprechenderen weichen. Ersteres heißt dann Irrtum, letzteres Wahrheit. Vaihinger vertritt also die Lehre, die als „Pragmatismus" (James, Schiller-Oxford) bekannt ist. Allerdings ruhen Vaihingers Darlegungen auf tiefer gelegten Fundamenten, deren Ausbreitung nicht die Aufgabe der vorliegenden Besprechung sein kann. Nicht

ganz ohne Recht behauptet V. deshalb, daß der „Pragmatismus" bei ihm nicht in der „korrumpierten Gestalt" auftrete, wie ihn Amerika „auf den Markt gebracht" habe.[25]) Daß eine solche Lehre für das diskursive Denken notwendigerweise in sich widerspruchsvoll ist,[26]) entgeht dem Verfasser nicht. Der Als-ob-Philosoph zieht hieraus die von seinem Standpunkt aus notwendige Konsequenz: Er erkennt im Widerspruch das Prinzip des im ständigen Flusse begriffenen Seins „Die ständige Aufhebung und Wiederherstellung des logischen Gleichgewichts ist das von Hegel geahnte Prinzip der menschlichen Denkbewegung". Aber Denken und Wirklichkeit sind nicht, wie Hegel lehrte, identisch. Das Denken besteht vielmehr in fortgesetztem Abweichen von der Wirklichkeit. Diese ist dynamisch, das Denken statisch. Es setzt im Wege von Fiktionen Ruhepunkte, um durch andere Fiktionen ein Gegengewicht zu schaffen und so zur vollen Wirklichkeit zu gelangen. Durch diese Methode des doppelten Fehlers können wir mittels des Denkens die Wirklichkeit ergreifen. So erweisen sich die Fiktionen als notwendige unentbehrliche Fiktionen. Unser gesamtes Denken aber stellt sich als ein „Netz von Fiktionen" heraus. Das ist der Sinn der Relativität der Wahrheit, wie sie vom „kritischen" Pragmatismus, Relativismus oder „Perspektivismus" verstanden wird. Es ergeben sich verschiedene Wahrheiten, die nebeneinander zu Recht bestehen, jede unter der Voraussetzung, daß sie auf ein bestimmtes Beziehungssystem gebaut und so unter der Annahme dieses Systems mit einem eigentümlichen Geltungswert ausgestattet ist.

Diese neue „Erkenntnistheorie", welche bereits bei dem scharfsinnigsten und nach Kants eigenem Ausspruch, wie man

[25]) V. betont, das „Als-ob" sei kein einheitliches. Der amerikanische Pragmatismus habe alle Gebiete des menschlichen Denkens und Handelns ineinander gemengt. Demgegenüber muß ein „Kritischer" Pragmatismus, wie V. ausführt, die Beziehungssysteme reinlich scheiden, woraus eine verschiedene Behandlung insbesondere von „Wissen" und „Glauben" folgt.

[26]) Sie führt zum regressus in infinitum. Cf. Nelson, Erkenntnisproblem, 1908; Die Unmöglichkeit der Erkenntnistheorie, 1911 S. 14 ff.

weiß, verständnisvollsten Kantgegner, dem idealistischen Skeptiker Salomon Maimon, deutlich angelegt ist, führt in ihren äußersten Konsequenzen zurück zu Nietzsche, der in dieser Hinsicht wiederum als ein Schüler und Fortbildner F. A. Langes betrachtet werden muß. In der Tat hat Nietzsche die äußersten Konsequenzen der Als-ob-Philosophie „vorweggenommen" „Ach nun müssen wir die Unwahrheit umarmen, und der Irrtum wird jetzt zur Lüge, und die Lüge vor uns wird zur Lebensnotwendigkeit". So müssen wir den „Willen zum Schein" bewußt bejahen. Der Aufgeklärte fühlt sich darum nicht betrogen, wie Nietzsche gegen Descartes' Besorgnis betrogen zu werden, hervorhebt. An die Stelle der Frage: „wie sind synthetische Urteile a priori möglich", muß nach Nietzsche die andere Frage gesetzt werden: Warum ist der Glaube an solche Urteile notwendig? In dem „Anhang" über Nietzsche macht Vaihinger des weiteren interessante Beobachtungen und Schlußfolgerungen über Entwicklungstendenzen und -Möglichkeiten bei Nietzsche, vor allem hinsichtlich seiner Stellung zur Religion, die vermutlich eine wesentlich andere geworden wäre, wenn die Entwickelung nicht einen jähen Abbruch erfahren hätte.

Aus dem unerschöpflichen Reichtum des grundlegenden Vaihingerschen Buches ergibt sich als dauernder Gewinn vor allem eine Aufklärung in methodischer Hinsicht auch für den, der, wie Ref., die neue Lehre als „Erkenntnistheorie" ablehnt. Ref. weist hier besonders auf die ausgezeichnete Darlegung des Verf. über die Abstracta in Teil II § 12 hin.

Vaihingers Philosophie zeigt eine grundsätzliche Übereinstimmung mit dem modernen an Laas und Avenarius anknüpfenden Positivismus. Der Fehler auch des Vaihingerschen „idealistischen Positivismus" ist es, daß er die Neigung nicht zu überwinden vermag, die genetische mit der systematischen Frage zu vermischen. Durch eine Aufhellung des biologisch-psychogenetischen Zusammenhangs, der zwischen dem Denken und der Wirklichkeit etwa besteht, gewinne ich weder ein Kriterium,

durch das ich die Gültigkeit des Denkens bzw. — in der Sprache der Philosophie des „Als Ob" — den notwendigen Glauben an seine Gültigkeit stabilieren, noch ein solches, wodurch ich die Realität der Wirklichkeit erfassen kann. Es fehlt an einem Kriterium, das der vollzogenen Doppeldeutung der Gesamtwirklichkeit (der Gignomenen) nach der charakteristischen Betrachtungsweise bei Th. Ziehen[27]) als „Empfindung" und Denken (als Empfindungs- und Vorstellungsgignomenen) etwa zugrunde liegen möchte. Eine Erkenntnistheorie auf psychologischer, psychophysiologischer, physikalischer Grundlage ist daher eine Aufgabe, die prinzipiell von der erkenntniskritischen Untersuchung verschieden ist. Gerade deshalb, weil ein außerhalb der Erkenntnis gelegenes Kriterium das Denken niemals befriedigt, ist ja Erkenntnistheorie nur unter der Voraussetzung der Gültigkeit des gesuchten Bestimmungsgrundes möglich.[28]) Durch die vorstehenden kritischen Bemerkungen wird das große Verdienst der Vaihingerschen Leistung in keiner Weise geschmälert. Worin dieses Verdienst besteht, war schon gesagt. Es wird auch, so hofft der Referent, deutlich geworden sein, wie gerade der Jurist in dem umfassenden Buche Rüstzeug genug vorfindet, das er im Streit um grundlegende Fragen verwerten kann. Kapitel für Kapitel werden wir tiefer in die Werkstatt der Einzelwissenschaften eingeführt. Wir sehen, wie diese wirken und schaffen, und gewinnen so neue Freude an unermüdlicher Forschung.

Berlin. Pagel.

---

[27]) Über dessen „Erkenntnistheorie auf psychophysiologischer und physikalischer Grundlage" (Jena 1913); s. v. Kerns Besprechung in der Zeitschrift f. positiv. Philosophie, 1914 S. 146, 147.

[28]) Aus der neuen Literatur zu diesem Punkte sind zu nennen: L. Nelson, Über das sog. Erkenntnisproblem 1908, derselbe, Die Unmöglichkeit der Erkenntnistheorie, 1911 (Bologneser Vortrag); Rehmke, Philosophie als Grundwissenschaft, 1910; zu Nelson und Rehmke; W. Moog, Zur Kritik der Erkenntnistheorie, Zeitschr. f. Philosophie und philosophische Kritik, Bd. 149 S. 86 ff; an Nelson und Vaihinger anknüpfend Kohler, Altes und Neues zur Erkenntnistheorie, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 7 Heft 4.